



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

El control de las cláusulas abusivas en contratos con empresarios.

Autor/es

JESSICA DEL CAMPO MONGE

Director/es

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



El control de las cláusulas abusivas en contratos con empresarios., de
JESSICA DEL CAMPO MONGE
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON EMPRESARIOS

**CONTROL OF UNFAIR TERMS IN CONTRACTS
WITH ENTREPRENEURS**

ALUMNO:

DEL CAMPO MONGE, JESSICA

TUTOR:

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO

Logroño, junio, 2019.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES.....	6
1.1. INTRODUCCIÓN	6
1.2. NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE ADHERENTES. DÉFICIT DE AUTONOMÍA PRIVADA.	7
1.3. LAS REGLAS GENERALES DEL CÓDIGO CIVIL (Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO) SOBRE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	9
1.4. CONCEPTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	11
1.5. REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA	12
2. CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	14
2.1. LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	14
2.1.1. CONTROL DE INCORPORACIÓN.	16
2.1.2. INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.....	20
2.1.3. CONTROL DE CONTENIDO: Remisión al TR-LCGC.	24
2.2. LA IRRUPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y SU LIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL A CONSUMIDORES.....	27
2.3. ¿PUEDE OTORGARSE UNA PROTECCIÓN SIMILAR A EMPRESARIOS ADHERENTES CON EL MARCO LEGAL VIGENTE?.....	31
3. EL MECANISMO DE CONTROL DE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS ADHERENTES.	33
3.1. EL CAUCE GENERAL (SEGÚN EL TS): EL ART. 1258 CC Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.	33
3.2. LAS (ESCASAS) ESPECIALIDADES DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL	37
3.1.2. RECUENTO NORMATIVO (SEGURO, DISTRIBUCIÓN, TRANSPORTE).....	37
3.2.2. EN PARTICULAR, LA LEY 3/2004 DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD.	42
3.2.3. EN PARTICULAR, LA LEY 5/2019 DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	43
3.3. LAS PROPUESTAS DE CAMBIO NORMATIVO.....	45
4.CONCLUSIONES.....	47
5. BIBLIOGRAFÍA.....	48

LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CESL	Propuesta de normativa común de compraventa Europea
DCFR	Draft Common Frame of Reference
FD	Fundamento de derecho
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la contratación.
LCCI	Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LCTTM	Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías
LCS	Ley de contrato de seguro
LMOC	Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
LOCM	Ley de ordenación del comercio minorista
PYME	Pequeña y mediana empresa
Rev.	Revista
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

La temática objeto de este trabajo consiste en un estudio sobre el ámbito de la contratación actual que diferencia entre consumidores y empresarios, dando una menor protección a aquellos contratantes en que el adherente es un empresario.

Nos centramos en la necesidad o no de darle una protección equiparable al empresario y de qué forma realizarla; defendiendo que es necesaria una cierta protección cuando la parte contractual es un empresario, el mismo se adhiere sin negociación y actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional habitual, dado que se encuentra en una situación de inferioridad como la del consumidor.

En este trabajo vamos a centrarnos en los cauces de defensa que poseen los empresarios adherentes diferentes a los recogidos para los consumidores, recogidos en su mayoría en el marco normativo del Código Civil, en concreto, a través del principio de la buena fe.

Finalmente haremos alusión a los cambios normativos especialmente del ámbito europeo, como es la propuesta de Reglamento (UE) sobre una normativa común de compraventa europea (CESL). Estamos ante un caso de indudable interés práctico que requiere de soluciones hasta ahora ausentes, que se da con frecuencia en el tráfico económico

Palabras clave: condiciones generales, adherente, empresario, control, protección, cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The subject matter of this work consists of in a study on the current area of contracting that differentiates between consumers and entrepreneurs, giving less protection to those contracts in which the entrepreneurs adhere.

We focus on the need or not to give a protection comparable to the trader and how to do it; I defend that a certain protection is necessary when the contractual party is an entrepreneur, he adheres without negotiation and acts in a field unrelated to his professional activity, given that he is in a situation of inferiority when compared with the consumer.

In this work we will focus on the defense channels that the adherent entrepreneurs possess different to those collected for the consumers, most of which are covered by the Civil Code, in short, through the principle of good faith. Finally, we will refer to changes in regulations, particularly at European level, as is the proposal for a Regulation (EU) on a common European sales regulation (CESL). This is a case of unquestionable practical interest requiring hitherto absent solutions, which frequently occurs in economic traffic.

Key words: general terms and conditions, adherent, entrepreneurs, control, protection, unfair terms.

INTRODUCCIÓN

La Ley de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TR-LGDCU), dispone que son consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y añadidas recientemente, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o comercial.¹ De esta manera, los empresarios que se adhieran a un contrato predispuesto están fuera del ámbito de protección que se dispensa a los consumidores.

Al encontrarse fuera de la protección dispensada para los consumidores, los empresarios deben buscar otros mecanismos de protección porque ellos también se adhieren a los contratos, y no negocian el contenido de ninguna de las cláusulas.

Nos vamos a centrar en la mayor parte del trabajo, ya que tiene relevancia en este tema, sobre el control que se realiza a las condiciones generales en nuestro ordenamiento jurídico. En España, a diferencia de otros países de la Unión Europea, la LCGC deja fuera del control material a los contratos celebrados entre empresarios, por si esto fuera poco, también está fuera del ámbito de aplicación del control de transparencia.

A lo largo de este estudio podemos atender a diferentes sectores de la contratación y en particular, la novedosa Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario; en su preámbulo amplía la protección a los “autónomos”, pero aun así no proporcionan una suficiente protección para los empresarios adherentes.

Trataremos de analizar la jurisprudencia procedente del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art.1258 del Código Civil pues es invocado en varias sentencias para hacer frente a cláusulas que son contrarias a la buena fe y causan un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes y tiene la finalidad de actuar como un parámetro de interpretación contractual.

¹Artículo 3 TR-LGDCU.

1. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES

1.1. INTRODUCCIÓN

ALBIEZ DOHRMANN² entiende que la normativa obliga a los empresarios que sufren consecuencias de condiciones generales contrarias a la buena fe a buscar las respuestas fuera de la normativa especial creada tan solo para los consumidores. Piensa que nuestro sistema jurídico es contradictorio, porque presta más atención al control de incorporación y no tiene en cuenta que los empresarios no pueden negociar el contenido del contrato y por lo tanto puede que se introduzcan cláusulas que perjudiquen al empresario.

En la STS 124/2017 de 20 de enero de 2017³, se establece que ni el legislador del ámbito comunitario, ni el legislador español han aportado una solución especial de protección para el adherente que no es considerado consumidor, tan solo ofrecen acudir a la legislación civil y mercantil general, sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar que se produzcan situaciones de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, o se dé, en definitiva, un abuso contractual.

Nos podemos preguntar por qué el adherente merece protección cuando se adhiere a un contrato. El principal motivo es porque el adherente no puede influir en el contenido del contrato, tan solo se limita a aceptar las condiciones generales redactadas de forma previa por el predisponente y si no está de acuerdo con el contenido contractual el adherente no acepta y por lo tanto se queda sin obtener el bien o servicio que desea.

² ALBIEZ DOHRMANN, K, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson civitas, Pamplona, Cizur menor, 2009, pág. 117.

³ STS 124/2017, especialmente el FD 4º.

1.2. NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE ADHERENTES. DÉFICIT DE AUTONOMÍA PRIVADA.

Según PAGADOR LÓPEZ⁴ “el elemento de la imposición supone, simplemente que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes. ”

Podemos pensar que las cláusulas que forman parte de los contratos dan lugar a un problema de falta de autodeterminación de los adherentes, pero existen varias posturas sobre las razones que dan lugar a ello. La aparición de la contratación en masa, esta nueva forma de contratación no permite a los individuos ejercer su autonomía privada en la relación contractual a la que se vinculan.

En la actualidad nos encontramos con un modelo de contrato totalmente diferente al tradicional, pues una de las partes que forman la relación contractual, el adherente, es la parte débil del contrato y no puede defenderse de los posibles abusos causados por la otra parte.

El modelo que se venía utilizando en tiempos anteriores se rige por lo dispuesto en el Código Civil; este tipo de contrato recoge una serie de requisitos: el primero, la posibilidad de negociar, el segundo requisito es la igualdad jurídica de las partes, y finalmente, que ninguna de las partes ha de tener alguna ventaja para determinar el contenido de la relación jurídica.

A modo de conclusión sobre este modelo de contrato que hemos descrito, existen dos partes iguales, libres y con poder de negociación, las mismas llegan a un acuerdo común que será conveniente y de carácter beneficioso para ambas partes.

Por otra parte, la doctrina española y en particular, DÍEZ PICAZO⁵ señalan que han aparecido nuevas formas de contratación, como son los contratos masa, producidos por los cambios en el tráfico económico cada vez más acelerado y rápido. Por ello, la

⁴ PAGADOR LÓPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág.263

⁵ DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio, *Instituciones de Derecho Civil, Volumen I*. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 400-402.

protección de los consumidores ha hecho nacer un nuevo derecho de los contratos, incluso protegido constitucionalmente.

La redacción de las cláusulas que forman el contrato se realiza por una de las partes contractuales, y la otra parte no tiene la posibilidad de modificar, negociar o presentar alguna contraoferta. Con lo anteriormente explicado, podemos llegar a la conclusión de que los intereses del adherente no son tomados en cuenta por el empresario al momento de redactar el contrato, están tan solo recogidos los intereses de la parte que impone el contenido.

El esquema del contrato que se venía elaborando de forma tradicional decae totalmente, el contrato ya no se elabora por ambas partes. Debido a ello, vemos cómo la libertad contractual queda resquebrajada por la imposición de las condiciones generales al cliente.

Las partes están en una situación de desigualdad; si el adherente quiere obtener el bien o servicio, debe aceptar el contrato en su conjunto, el empresario se encuentra en una situación de superioridad ante el adherente. Otra diferencia que observo entre el contrato que venía desarrollándose en el pasado y la forma de contrato que rige en la actualidad, es el trato entre las partes contratantes, en el pasado eran perfectamente identificables ambas partes y ahora, son difícilmente identificables e incluso en su mayoría se trata de relaciones anónimas.

El predisponente puede aprovecharse del desconocimiento de los adherentes en esos aspectos del negocio para insertar cláusulas desequilibradas de los derechos y obligaciones en perjuicio del adherente.

Cerrando este punto, y a modo de conclusión, hay una desigualdad entre el predisponente y el adherente, debido a que el único que participa en la redacción del contrato es el empresario y el adherente no puede intervenir en la redacción de las cláusulas contractuales, alegando una desigualdad ya que el predisponente puede introducir cláusulas que perjudiquen al adherente.

1.3. LAS REGLAS GENERALES DEL CÓDIGO CIVIL (Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO) SOBRE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Dada la inexistencia de un régimen de control de contenido específico en materia de contratación predispuesta para contratos celebrados entre empresarios, es necesaria la protección a los adherentes profesionales (especialmente a los pequeños empresarios). Es preciso darle protección porque son la parte débil de la contratación, tanto los consumidores como los profesionales se adhieren a un clausulado que no ha sido negociado, es más, ha sido predispuesto.

Vamos a observar los diferentes mecanismos ofrecidos por el Código Civil para la protección de los pequeños empresarios.

De forma primaria, haremos un estudio de los límites generales a la autonomía de la voluntad recogidos en el art. 1255 del CC.

El artículo 1255 CC recoge literalmente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

El profesor ALBIEZ DOHRMANN⁶ realiza un estudio exhaustivo de este artículo; en cuanto a la **Ley**, establece que la LCGC ha sustituido parcialmente el artículo 1255 del CC por el art.8.1 LCGC y distingue entre la ley imperativa y la ley prohibitiva.

Fijándonos en el segundo límite recogido en el art. 1255 es la **moral**, la misma ha sido inicialmente, el principal límite de las condiciones generales de la contratación. Es importante conocer que el Código Civil no aporta una definición de moral, pero la doctrina y la jurisprudencia han ido delimitando el concepto.⁷

⁶ALBÍEZ DOHRMAN, K, *op.cit.*, pág. 179.

⁷ MATO PACÍN, N. *Cláusulas Abusivas y empresario adherente*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2017, pág. 356.

Finalmente, el tercer límite es el **orden público contractual y económico**, tradicionalmente, el orden público contractual lo definen exactamente dos principios: es la libertad y la igualdad contractual, sólo se admitía la derogación de estos principios por lo dispuesto en una ley. Pero desde que nacieron las condiciones generales, estos principios han ido perdiendo su valor.⁸

El artículo 1256 del CC:

*“La validez y el cumplimiento de los contratos **no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes**”*

Este precepto cumple también una función de control de contenido en la contratación en la que hay incluidas condiciones generales de la contratación, este precepto recoge lo relativo a la arbitrariedad en la contratación. Como defiende ALBIEZ DOHRMAN ya mencionado anteriormente, nuestro Derecho prohíbe de forma rotunda, que el cumplimiento y la validez de los contratos puedan dejarse en las manos de uno de los contratantes.⁹

Finalmente, atendemos de forma resumida debido a que haremos un estudio jurisprudencial más completo en la tercera parte de este trabajo, a la **buena fe** contenida en el art.1258 del CC:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ el art.1258 CC es considerado como una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no solo de completar el contenido del contrato con cláusulas no pactadas, sino también de expulsar del mismo aquellas condiciones generales de la contratación que sean contrarias a la buena fe.¹⁰

⁸ALBÍEZ DOHRMAN, K, *op.cit.*, pág. 189-190.

⁹ALBÍEZ DOHRMAN, K, *op.cit.*, pág. 191-194.

¹⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “ Buena fe ex art.1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, 4/2016, pág.12.

La STS 367/2016 de 3 de junio de 2016 pone acento en el recurso a la buena fe, como criterio de control de cláusulas generales en contratos con empresarios, sobre el carácter sorpresivo del contenido, introduciendo cláusulas que el adherente no conoce ni espera, ello supone una vulneración de la buena fe recogida en los arts.1258 CC y 57 CCom.¹¹

Si observamos la jurisprudencia de nuestro país, podemos observar la STS de 30 de abril de 2015 destacando lo siguiente de la misma: *“El art. 1258 CC que se invoca por el recurrente contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el “contenido natural del contrato”*.”¹²

1.4. CONCEPTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Una definición doctrinal influyente de condición general de la contratación fue la del profesor DE CASTRO¹³ constituye que son: un conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones (es decir, el objeto del contrato) se propone celebrar.

La definición legal de condición general de la contratación está recogida en el apartado primero del art.1 LCGC dispone lo siguiente: *“son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta*

¹¹ CÁMARA LAPUENTE, S. “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de Derecho*, 2016. Comenta la STS de 3 de junio de 2016, resalta que “por el momento, este “control” ofrece la posibilidad de vetar pactos sorprendentes o que frustren legítimas expectativas del adherente, y esta sentencia ofrece nuevas incógnitas, el papel en la “negociación” y lanza una pregunta que nos hace pensar: ¿habrá de tener el mismo régimen (CC y Ccom) una cláusula entre empresarios efectivamente negociada y una cláusula predispuesta sin estricta negociación vía condiciones generales?”.

¹² STS 929/2015 de 30 de abril de 2015 FD5º.

¹³ DE CASTRO, F, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1961, pág.297, Civitas, Madrid, 1975. (https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1961-20029500342)

por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos''. La **STS 1916/2013 de 9 de mayo de 2013**¹⁴, en el marco de una acción colectiva de cesación de las condiciones generales de contratación, interpretando la definición recogida en el artículo 1 de la LCGC y la doctrina, consolida los siguientes requisitos:

- Predisposición: las cláusulas están predisuestas por una de las partes contratantes.
- Imposición: la incorporación al contrato está impuesta unilateralmente a la otra parte contratante, que carece de poder de negociación y no puede influir en el contenido contractual.
- Generalidad: están redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
- Contractualidad: este requisito establece que son creadas con el fin de formar parte de un contrato.

Puede darse el caso en el que una cláusula contractual contenga los requisitos de predisposición y de imposición pero que falte el requisito de generalidad, estaremos ante un contrato de adhesión, pero sin condiciones generales de la contratación.

Quedan fuera de aplicación de esta ley, las cláusulas que son negociadas individualmente porque las mismas no cumplen los requisitos exigidos, debido a que no han sido predisuestas o porque han sido incorporadas al contrato por un acuerdo individual entre las partes.

1.5. REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA

Las cláusulas abusivas vienen definidas en el art.82.1 del TRLGDCU el cual establece lo siguiente:

''Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un

¹⁴ STS 1916/2013: apartado 137 de la sentencia.

desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.’’

Estas cláusulas se caracterizan por una serie de requisitos, los mismos descritos por la doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como son:

El primero de ellos, el art.3.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que se considerará que una cláusula **no se ha negociado de forma individual** cuando haya sido redactada de forma previa y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión.

El segundo requisito, la cláusula tiene que **ser contraria a las exigencias de la buena fe**. En el ámbito europeo, la Directiva 93/13/CEE en uno de sus considerandos¹⁵ establece la obligación de tratar de manera leal y equitativa a la otra parte, es decir, exigencia de la buena fe. Ahora nos centramos en el ámbito nacional, y podemos observar en la normativa recogida en el Código Civil, el artículo 7¹⁶ exige la buena fe.

Y el artículo 1258¹⁷CC establece que los contratos obligan, no solo al cumplimiento de lo pactado literalmente, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe.

Sobre este requisito de la “buena fe”, destacamos la **STS 328/2017 de 30 de enero de 2017**, establece lo siguiente: *“ Puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de*

¹⁵ Directiva 93/13/CEE, Del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: *“que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”*.

Destaco la STJUE en el asunto C-415/11 (Caso Aziz) que trata sobre la buena fe y menciona el art.3.1 de la Directiva 93/13/CCE.

expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado.’’

En la sentencia que versa sobre una cláusula en la que el adherente era un empresario, se declara ‘‘la nulidad de las cláusulas abusivas que causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato.’’

El tercer requisito, la cláusula contractual debe ocasionar **un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes**. No se requiere que el desequilibrio sea de carácter económico, la sentencia que hace mayor hincapié sobre este requisito es la STJUE de 16 de Enero de 2014, conocida como ‘‘**El Caso de la Constructora Principado S.A**’’¹⁸: ‘‘*la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra*’’.

2. CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

2.1. LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

La Ley 13/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC), siguiendo el criterio de CARBALLO FIDALGO es una norma de gran complejidad y escasa calidad técnica, la misma tiene dos objetivos: el primer objetivo trata de transponer la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, y el segundo objetivo trata de darle una regulación específica a las

¹⁸ STJUE de 16 de enero de 2014, Constructora Principado S.A c. José Ignacio Menéndez Álvarez, asunto (C- 226/12).

condiciones generales de la contratación como un fenómeno global y autónomo, que nada tiene que ver con el sistema de protección dirigido para consumidores.¹⁹ Esta ley modificó la ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Como ya hemos anticipado anteriormente, la LCGC sufrió importantes modificaciones por la ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual derogó los arts. 14, 15, 18 y 20 de la ley en cuestión, dieron una redacción nueva al art.12 y añadió contenido al art.16, esta ley no solo ha sido modificada por la LEC, sino por muchas más normativas.

La modificación más importante a mi parecer, fue la introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cambió la redacción de los artículos 3 y 6.2 LCGC para adaptarlos a lo dispuesto en la STJCE de 9 de septiembre de 2004²⁰ que declaraba que no había sido correctamente transpuesta al derecho Español la Directiva 93/13/CEE. La reciente modificación del art.5.5 LCGC por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, sobre la ineficacia de las condiciones incorporadas de modo no transparente (modificación recogida en la Disposición final cuarta de la LCCI).

Si ponemos la atención en el ámbito subjetivo de la ley, la aplicación de la misma se dará cuando el contrato contenga condiciones generales celebradas entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), así lo dispone el art. 2.1 LCGC.

El predisponente, como elemento subjetivo activo, debe ser un profesional, es decir, la persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional ya sea de carácter pública o privada, según lo indica el art. 2.2 LCGC.

Es una cuestión de relevancia conocer que el adherente también puede ser un profesional o un empresario, así lo establece el art.2.3 LCGC.

¹⁹CARBALLO FIDALGO, M. *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 41.

²⁰ STJCE de 9 de septiembre de 2004, Comisión c. España, asunto C-70/2003

Podemos diferenciar dos situaciones en las que el empresario tendrá la condición de adherente: la primera, cuando no actúe en el ámbito de su actividad profesional y la segunda, cuando actúe profesionalmente.

En el primero de los casos tendrá consideración de consumidor, mientras que en el segundo caso estaremos ante una contratación entre dos empresarios que utilizan en sus contratos condiciones generales de la contratación sin ser consumidores finales.²¹

Con esto llegamos a la conclusión de que la delimitación subjetiva reservada en esta ley es que el predisponente ha de ser un profesional mientras que el adherente puede ser cualquier persona.²²

2.1.1. CONTROL DE INCORPORACIÓN.

El control de incorporación alude a las exigencias de forma que ha de cumplir el predisponente para asegurarse de que las cláusulas por él predispuestas llegan a incluirse en el contrato. Se trata de garantizar al adherente el conocimiento de las cláusulas predispuestas por el otro contratante.²³

Como dice PAGADOR LÓPEZ, ‘‘los requisitos de inclusión de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas son uno de los pilares en torno a los que se ajusta el régimen jurídico especial de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas.’’²⁴

²¹Sobre ello, el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC sigue el mismo criterio: *“la Ley pretende proteger los legítimos derechos de los consumidores y usuarios, pero también cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.”*

²²DÍEZ PICAZO, L. *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, 2002, pág. 143.

²³ MIRANDA SERRANO, L.M, “Control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret 2/2018*, 2018. pág.52.

²⁴PAGADOR LÓPEZ, J, *op.cit.*, pág. 339.

Este control se aplica a contratos suscritos con consumidores pero también a contratos celebrados entre empresarios, es decir, se aplica con independencia de la naturaleza del adherente.²⁵

El control de incorporación viene regulado en los artículos 5 y 7 de la LCGC busca que el adherente pueda conocer que el contrato tiene como finalidad regular las condiciones generales.

La doctrina no tiene un pensamiento unánime sobre las funciones que posee este control. Hay dos funciones diferenciadas; una parte de la doctrina define que los requisitos exigidos en este control cumplen la función de transparencia, consiste en dotar al adherente de una información necesaria en la fase de celebración del contrato para que pueda adoptar una decisión de carácter racional y así poder observar las diferentes ofertas que hay en el mercado.

La otra parte restante de la doctrina defiende que la inclusión de los requisitos de este control antes de adherirse al contrato garantiza al adherente que sabe y conoce que el contrato se va a regular con Condiciones Generales y cuáles son estas, es decir realiza una función de publicidad.²⁶

Centrándonos en la primera parte de este control, el artículo 5 establece lo siguiente:

“ Las Condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación del mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

²⁵La SAP Gerona 1057/2018, de 30 de noviembre de 2018, recoge el criterio de aplicación del control de incorporación para consumidores y también para empresarios, así lo establece literalmente el FD2º.

²⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., *op.cit.*, pág. 361. Este autor es partidario de la función de publicidad del control de incorporación, este control cumple un papel muy modesto, garantiza que el cliente sabe que el contrato se celebra mediante condiciones generales y cuáles son las mismas, y asegurar que el cliente dispone de forma efectiva del contenido contractual con la finalidad de que pueda orientarse sin dificultades durante la vida del contrato.

Y no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas''.

Tras la lectura del primer apartado entendemos que para que una condición general este integrada en el contrato es necesario que sea aceptada y firmada.²⁷

Haciendo un breve estudio jurisprudencial sobre lo relativo al art. 5, observamos la reciente STS 136/2019, con fecha de 25 de enero de 2019, establece: ‘‘la cláusula litigiosa no cumple los umbrales a que hemos hecho referencia y, por ello, no supera el control de incorporación, porque los adherentes no tuvieron la posibilidad o la oportunidad de conocer siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual. ’’²⁸

Respecto a la segunda parte del control de incorporación, estudiaremos el art. 7 de la LCGC que propone que no serán incluidas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad de conocerlas de manera completa o no han sido firmadas cuando sea necesario. Tampoco las condiciones que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, que las mismas hayan sido aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica.²⁹

Respecto a que las cláusulas sean oscuras, hay algunos autores que plantean una distinción entre la oscuridad ‘‘formal’’, que daría lugar a la no incorporación de las cláusulas controvertidas, y la oscuridad ‘‘material’’ o sobre el contenido, que es la que deberá solventarse mediante la regla *contra proferentem*.³⁰

²⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. *op. cit.*, pág.345.

²⁸ La SAP 976/2016 de Barcelona de 8 de septiembre de 2016 en FD 3º: ‘‘Juega un papel esencial la figura de la **no incorporación** al contrato si el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración o no haya sido firmadas, cuando sea necesario’’.

²⁹La cláusula predispuesta ha de ser clara y comprensible para el adherente, de no cumplir con estos requisitos, no pasará el control de incorporación. Un ejemplo es la SAP LUGO 226/2015, de 24 de abril de 2015, en el FD 5º.

³⁰Así lo cita PAZOS CASTRO, R, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos...*, cita expresamente a COCA PAYERAS, *Artículo 10-2, Comentarios LCU*, Civitas, pág.326 y 327.

Entendemos tras la lectura de los dos artículos que corresponden al control de incorporación, el primero de los filtros es acreditar que el adherente conoce las Condiciones Generales de Contratación a tiempo de la celebración del contrato. Y el segundo de los filtros de este control hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

Debemos hacer alusión a las ‘**cláusulas sorprendentes**’; según MATO PACÍN, estas cláusulas son aquellas que, conforme a las circunstancias y, sobre todo, debido a la naturaleza del contrato, resulten de carácter insólito que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.³¹

Sobre las cláusulas sorprendentes es importante conocer que las mismas estaban incluidas en el art.5 del Anteproyecto de 1983, en dicho artículo se establecía lo siguiente: ‘’ no se considerarán incluidas aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que de acuerdo con las circunstancias, y en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiera podido contar razonablemente con su existencia’’, es relevante saber que no están reguladas en el ordenamiento jurídico interno Español.

En mi opinión pienso que estas cláusulas deberían tener una regulación específica, debido a la ausencia de una regulación estas cláusulas se resuelven conforme a los principios generales del Código Civil.

Pero la jurisprudencia española ha dado lugar a varias sentencias (en concreto, Audiencias Provinciales) que tratan estas condiciones de carácter sorpresivo como son las SAP 640/2017 de Valencia de 27 de noviembre de 2017, la SAP 38/2018 de Ciudad Real de 12 de febrero de 2018, la SAP 447/2018 de Valencia de 21 de mayo de 2018 y finalmente la SAP 7/2018 de Toledo de 11 de enero de 2018, y el Tribunal Supremo también en su STS de 17 de octubre de 2007 en su FD 3º.

Finalmente, y a modo de conclusión, el control de incorporación establece una serie de requisitos de carácter formal, estos tratan de velar porque el adherente tenga la oportunidad real de conocer y entender las Condiciones Generales de Contratación, y no

³¹ MATO PACÍN, N. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, cit., pág. 73-75.

permitiendo la incorporación al contrato de las condiciones que no cumplen los requisitos estudiados anteriormente.

2.1.2. INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.

La etapa de interpretación contractual se produce con posterioridad a la práctica de control de incorporación y precede así al control de contenido. Esta interpretación consiste en una actividad encaminada a la determinación o no del sentido de una declaración o comportamiento contractual y de los efectos o consecuencias en el orden jurídico que ha de hacerse de conformidad con unas reglas jurídicas predispuestas.³²

Es cierto que la interpretación ha sido utilizada en varias ocasiones por tribunales para realizar un *control encubierto* de contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales.³³

El art. 6 de LCGC señala dos reglas especiales³⁴: la regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la *regla de interpretación contra proferentem* de las cláusulas oscuras.

Podemos llegar a la conclusión de que las reglas de interpretación no son un mecanismo de protección en sí mismo, pero van a actuar cuando estemos en el caso de una cláusula de carácter dudoso o ambigua que necesite una interpretación para así poder favorecer al adherente.

2.1.2.1 LA REGLA DE LA PREVALENCIA.

El art.6.1 de la LCGC recoge “la regla de prevalencia”; de forma resumida podemos definirla como una supremacía de las condiciones particulares sobre las generales.³⁵ La finalidad de esta regla es dar primacía a la autonomía de la voluntad.³⁶

³² PÁGADOR LÓPEZ, J. *op. cit.*, pág.447-449.

³³ VEIGA COPO, A, *La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro*, publicado en la revista de responsabilidad civil y seguro, cita al autor ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit, p. 288: quien declara que lo que es un procedimiento de averiguación del contenido de un contrato acaba siendo un mecanismo de rectificación o corrección del mismo

³⁶ MATO PACÍN, N. *op. Cit.*, pág.77.

Los contratos de adhesión no contienen una verdadera manifestación de la voluntad de las partes contratantes sino tan solo está presente y se tiene en cuenta en el contrato la voluntad del predisponente; debido a ello, en el caso de contradicción entre una condición general y una particular, tiene preferencia aquella que refleje la autonomía privada, es decir, la condición particular.³⁷

Sobre el concepto de condición general atendemos art.1 de la LCGC y sobre el concepto de condición particular se obtiene por exclusión, es decir, por el mismo ha de entenderse cualquier estipulación contractual distinta de una condición general.

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que las condiciones particulares son aquellas que hayan sido negociadas particularmente, y también pueden serlo aquellas que no hayan sido negociadas tan solo impuestas por el predisponente pero no están previstas para una pluralidad de contratos.

El grado de contradicción entre ambas no se refiere a la existencia de una contradicción directa y abierta, tan solo a que la cláusula general lleve a una modificación de los derechos y obligaciones acordados entre las partes contratantes.

En palabras de la STS de 19 de noviembre de 1965, la contradicción entre cláusulas generales debe resolverse a favor “de la cláusula en que mejor se defina la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato, conforme a la naturaleza y finalidad de este”.

“Esta sentencia se refería a una contradicción entre una condición general y una especial, pero, dado que ambas eran incompatibles, el Tribunal Supremo declaró que el carácter especial de la segunda era únicamente “nominal”. Y ello porque para hablar de condición especial, ésta debería regular algo no previsto en las condiciones generales, o bien constituir una excepción limitada o parcial a lo previsto en una condición de carácter general. Si la cláusula especial tiene la misma naturaleza y alcance que la general, pero destruye lo pactado en ésta, la distinción general/especial perdería su sentido.”³⁸

³⁷PÁGADOR LÓPEZ, J. *op. cit.*, pág.460.

³⁸ PAZOS CASTRO, R. *op. cit.*, pág. 476-477 cita expresamente la Sentencia (RJ 1965/5164).

Pero hay una excepción a esta regla de la prevalencia, esto se da cuando existiendo un conflicto entre una condición particular y una general, cuando la segunda sea más beneficiosa para el adherente que la primera. La intención del legislador es clara, trata de favorecer al adherente por ser el contratante débil en la relación negocial, la mayoría de la doctrina española no está conforme con esta excepción porque consideran que deben prevalecer las condiciones particulares porque las mismas dan primacía al principio de autonomía de la voluntad.³⁹

A estos efectos prácticos cabe señalar que esta regla estudiada no es de gran uso práctico por la jurisprudencia española como criterio principal para dar fundamento de sus resoluciones dictadas, en cambio, la *regla contra proferentem* es utilizada habitualmente por los tribunales.

2.1.2.2. LA REGLA CONTRA PROFERENTEM.

Las ventajas que para los empresarios ofrecen los contratos de adhesión tiene como contrapartida el debilitamiento de la posición de los consumidores, pues estos ven reducida su intervención y tan sólo aceptan lo fijado por el predisponente.

Esta situación incitó a que se crease una legislación especial tendente a proteger a los consumidores, y se introduce el criterio interpretativo *contra proferentem*, pero no con la fundamentación romana, sino con la finalidad de favorecer a la parte más débil en la contratación, que evidentemente es el adherente.

Se trata de una regla que no supone una novedad, la misma aparecía redactada en el art. 1288 CC para todo tipo de contratos (‘‘la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad’’).⁴⁰

³⁹ PÁGADOR LÓPEZ, J. *op.cit.*, pág.519.

⁴⁰ PÁGADOR LÓPEZ, J. *op.cit.*, pág. 555.

Si nos centramos en el ámbito europeo, el art.5 de la Directiva 93/13/CEE contenía una norma con contenido similar, que amplía la protección del consumidor.⁴¹

Esta regla de interpretación se ha aplicado con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a contratos de adhesión y dentro de estos, a los contratos de seguro⁴², un ejemplo de ello está recogido en una sentencia controvertida sobre un contrato de seguro, en su FD 2º contiene lo siguiente:

*‘la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que la ha redactado originado tal oscuridad: a la inversa, sí favorecerá a la parte que no la ha redactado’*⁴³.

Siguiendo este hilo jurisprudencial, es relevante observar lo reiterado en la reciente STS 751/2019 de 13 de marzo de 2019, destaco el FD 3º: *‘la regla de interpretación contra proferentem es una consecuencia del principio de buena fe contractual, basada en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza de la declaración.’*

Estaba originalmente formulada en el art.1288 CC y ha sido incorporada al art.80.2 del TRLGDCU y al art.6.2 LCGC, con la finalidad de indicar que, en caso de duda sobre el sentido de una condición general incluida en un contrato celebrado con consumidores, se debe optar por la interpretación más favorable al consumidor.

Esta regla establece una distribución del riesgo contractual, con el objeto de asegurar que el adherente que no ha participado en la elaboración del contrato no tenga por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual.’

⁴¹ Art.5 de la Directiva 93/13/CEE: “ en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos recogidos en el art.7.2.”

⁴²Sobre los contratos de seguros, recogemos la STS 3152/2015 de 1 de julio de 2015, en su FD4º: “Jurisprudencia que retira la aplicación del **canon hermenéutico contra proferentem** que recoge el art.1288 CC como sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil (...) En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

⁴³ La STS 7334/2003 de 20 de noviembre de 2003.

2.1.3. CONTROL DE CONTENIDO: Remisión al TR-LCGC.

Las condiciones generales o cláusulas predispuestas de la contratación ya aceptadas y redactadas de forma clara, concreta y sencilla tienen que pasar el denominado control de contenido porque el pasar el control de incorporación no significa que las cláusulas sean conformes a la buena fe. El control de contenido tan solo se aplica a los contratos celebrados con consumidores y por lo tanto excluye a los empresarios.

Afirma el art.8.1 de la LCGC, y coincide lo recogido en este artículo con lo dispuesto en el art.6.3 del Código Civil, que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio el adherente, lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Este control se aplica a las cláusulas que hayan superado previamente el control de incorporación.

Dentro de este control podemos encontrar dos reglas:

- El control de ilegalidad perjudicial, incorporado en el art.8.1 de la LCGC.
Hemos de subrayar que el control de ilegalidad perjudicial se aplica con carácter general a aquellos contratos que hacen uso de condiciones generales con independencia de si una de las partes es consumidora o no.
- Control de abusividad, que sólo es de aplicación para aquellos contratos en los que una de las partes es consumidora haciendo uso de condiciones generales, aunque es preciso que dicha cláusula tenga la condición de cláusula no negociada individualmente. Este control viene regulado en el art.8.2 de LCGC e instaura que: “serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el art.10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la defensa de los Consumidores y usuarios (actualmente derogada por el TRLGDCU de 2007)”.

Ante este punto, no es un control sobre los elementos esenciales del contrato⁴⁴, como por ejemplo pueden ser las cláusulas que establecen el precio.

La imposibilidad de realizar el control de contenido sobre el objeto principal del contrato, recogida en la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores establece en su art.4.2: *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”*

Por todo lo expuesto, se entiende que la regulación de las condiciones generales de la contratación protege a los empresarios y profesionales igual que a un consumidor o usuario, al contrario, la regulación de las cláusulas abusivas que tan solo protege a los consumidores, es decir, excluye de su protección a los empresarios.

Centrándonos en el control de contenido en el caso de consumidores, recordando el concepto de cláusula abusiva al que ya hicimos referencia, podemos destacar algunos aspectos importantes:

- Cuando se refiere expresamente a “prácticas no consentidas expresamente” quiere decir que el empresario no puede pretender que el consumidor quede ligado al contrato tras la aceptación tan sólo por conocer esas prácticas introducidas por el profesional.
- En lo relativo a la “buena fe” se refiere a que debe existir un equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes, no nos referimos al equilibrio económico.

⁴⁴Destacamos las declaraciones realizadas por el TS sobre la posibilidad o no de realizar un control judicial sobre los elementos esenciales del contrato a través de lo que ha denominado el mismo Tribunal como doble filtro de transparencia tan solo cuando hablamos de contratos celebrados con consumidores, por lo que quedan excluidos los contratos con empresarios.

La STS 241/2013 en el apartado núm.215:

“El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente” .

Si hay algunas cláusulas contractuales que formen parte del contrato y las mismas han sido negociadas de forma individual no quiere decir que se deje de aplicar el control abusivo sobre las restantes cláusulas que forman el contrato.

Los artículos 85 a 90 del TRLGDCU recogen los distintos tipos de cláusulas abusivas existentes, es una lista “abierta”, es decir, pueden ser consideradas abusivas las cláusulas que contravengan la buena fe o creen un desequilibrio en los derechos y obligaciones y no estén dentro de la lista de cláusulas abusivas.

Por último, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, recogemos lo relativo a la sanción al incumplimiento; el art.83 del TRLGDCU declara que serán nulas de pleno derecho las cláusulas abusivas y se tendrán por no puestas. La segunda parte de este precepto establece que será el Juez el que declare la nulidad.

No quiere decir que la nulidad total beneficie al consumidor, es más, la nulidad parcial resulta habitualmente más satisfactoria para el consumidor, ya que así consigue el bien o servicio que pretendía adquirir cuando realizó la contratación.

Sobre la facultad que se atribuía al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, el Tribunal de Justicia estimó que integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art.1258 CC y el principio de buena fe objetiva, puede dar lugar a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, los mismos podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas sabiendo que cuando se declare la nulidad de las mismas, el contrato será integrado por el juez nacional y así se garantiza el interés del empresario.⁴⁵

⁴⁵SAP (AAP C 1/2016) de A Coruña de 4 de enero de 2016.

*“El incumplimiento que el TJUE estima que se ha producido en relación a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el **artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva**. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.”*

2.2. LA IRRUPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y SU LIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL A CONSUMIDORES.

Hasta el año 2013 el sistema jurídico español sólo conocía dos controles de las cláusulas no negociadas con los consumidores, estos controles corresponden a los estudiados anteriormente, es decir, el control de incorporación (recogido en la LCGC, se aplica tanto a consumidores como a empresarios) y el control de contenido (sólo es aplicable a contratos con consumidores).

Pero la STS de 9 de mayo de 2013 acuñó un nuevo control de transparencia; este mecanismo de control consiste en que el adherente tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato, porque sólo así cabe hablar de un consentimiento automáticamente libre, formado y emitido con plena libertad de saber.⁴⁶

Una de las mejores descripciones del control de transparencia viene recogida en la ya mencionada **STS 241/2013, DE 9 DE MAYO, concretamente el FD núm.210:**

“ (...) el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo.”

El propio Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias que han venido a esclarecer y reiterar su doctrina en relación con el control de transparencia. Destacamos la **STS 367/2016, de 3 de junio**, esta sentencia refleja la problemática del ámbito subjetivo en el que se debe aplicar este control de transparencia, si sólo es aplicable a consumidores o puede extenderse a profesionales o empresarios.

Parece claro que el alcance subjetivo del control de transparencia se limita tan solo a los consumidores, y ello es congruente con el soporte normativo en el que se basa el Tribunal Supremo, según el mismo, tiene fundamento en lo dispuesto en el art.4.2 de la Directiva 93/13/CEE: *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*, sobre las cláusulas abusivas en los contratos

⁴⁶SÁENZ DE JUBERA, B. “Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs Buena fe”, *Revista de Derecho civil*, núm. 4, 2016, pág.71.

celebrados con consumidores, y el art.80 del TRLGDCU establece: *‘en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido’*. Ambas normas mencionadas regulan la protección de los consumidores, especialmente, en el ámbito de cláusulas abusivas.⁴⁷

La STS 41/2017 de 20 de enero de 2017 insiste en que *"Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual"*⁴⁸.

La mayoría de Audiencias Provinciales como son la SAP 446/2013 de Pontevedra de 29 de noviembre de 2013, la reciente SAP 503/2019 de Tarragona de 14 de mayo de 2019 siguen fielmente la doctrina fijada por el TS tras el pronunciamiento de la citada sentencia de 3 de junio de 2016, en la que se declara la inaplicabilidad del control de transparencia a cláusulas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados entre la entidad bancaria y un empresario, un ejemplo de ello lo encontramos en la **SAP 3941/2019 de Barcelona de 24 de abril de 2019**, destacamos su FD 3º: *‘No puede apreciarse la condición de consumidora en la parte actora recurrente, no siendo aplicable la normativa de los consumidores ni podemos analizar las cláusulas controvertidas desde el prisma del control de abusividad o doble control de transparencia establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013.*

La Sentencia no analiza la cláusula objeto de litis desde la normativa y jurisprudencia aplicable a consumidores y usuarios, en atención a que la actora recurrente en apelación no tiene la condición de consumidora’.⁴⁹

⁴⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C. "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. núm. 133/2014, pág.49.

⁴⁸ SAP OU 214/2019 de 8 de abril de 2019: FD3º.

⁴⁹ SAP B 3941/2019 de 14 de abril de 2015: FD 3º.

En este sentido, apporto una sentencia reciente sobre el control de transparencia en la **SAP de Ourense de 8 de abril de 2019**, en su FD 3º: “ *El control de transparencia queda reservado a los contratos en que intervengan consumidores, quedando excluidos los contratos celebrados entre profesionales (...)*” Tras la lectura de la misma, podemos observar que actualmente y hoy en día, se sigue fielmente la doctrina fijada por la famosa sentencia de 3 de junio de 2016.

Son múltiples las demandas planteadas por parte de empresarios debido a las cláusulas suelo, se preguntan el por qué hay un control diferente al ofrecido a los consumidores, cuando las circunstancias concurrentes en uno y otro caso son idénticas, en ambos casos, las entidades bancarias son las que introducen de forma descarada las cláusulas suelo, y existe la misma falta de comprensibilidad tanto de la carga económica como de la carga jurídica.

La respuesta ofrecida a las preguntas que tienen los profesionales o empresarios da lugar a una división de la doctrina, SÁENZ DE JUBERA⁵⁰ recoge son las siguientes propuestas:

- Una parte de la doctrina defiende la no aplicación del control de transparencia ni el control de contenido a los contratos entre profesionales, debido a que no hay ninguna normativa ni una previsión jurisprudencial sobre ello.
- Otra parte entiende que hay que aplicar de modo analógico el control de transparencia y de contenido previsto para consumidores a la contratación entre profesionales o empresarios.
- Hay otros que piensan que cuando se dé esta situación se debe aplicar las reglas generales de la buena fe recogida en los art.1258 CC y 57 CCom o la doctrina sobre el error vicio de consentimiento.

También destacamos la **SAP de Zaragoza 551/2019 de 10 de abril de 2019**: FD4º, establece sobre el control de transparencia en no consumidores: “*El hecho de que ambos contratantes sean empresarios no excluye la aplicación de la legislación de condiciones generales. Como ha reiterado la jurisprudencia, sí le será aplicable el control de inclusión, incorporación o gramatical. Pero no el de transparencia cualificado o de comprensibilidad real.*”

⁵⁰SÁENZ DE JUBERA, B. *op. cit.*, pág.89.

- Finalmente, hay quienes consideran que el control de transparencia es semejante al control de incorporación, esto quiere decir, que sea aplicable dando igual cual sea la condición del adherente (consumidor o profesional), esta postura cobra fuerza con el voto particular emitido por el Magistrado Sr. D. Orduña Moreno. Esta propuesta es defendida por CÁMARA LAPUENTE⁵¹ que sostiene que el control de transparencia debe reconducirse al de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino se consideren simplemente no puestas, no incorporadas en el contrato. Esto da lugar a una serie de ventajas recogidas por CÁMARA LAPUENTE⁵² en la que destacó una de ellas referida a que la transparencia se podría aplicar a los contratos celebrados entre empresarios, que tantas demandas están interponiendo contra las cláusulas suelo.

Nos vamos a centrar en la última postura mencionada anteriormente, especialmente atendiendo al **voto particular del Magistrado Orduña Moreno** en la STS de 3 de junio de 2016, discrepa en las apreciaciones dadas en la Sala respecto a la aplicabilidad del control de transparencia en el caso de no consumidores, y defiende en su FD2º lo siguiente:

*“la jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación. Lo contrario es, una vez más, como decía don Federico de Castro, quedarse en la corteza de las palabras de la norma y no atender a la médula o razón de ser que vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan.”*⁵³

⁵¹ CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)”, *El notario del siglo XXI*, nº61 mayo-junio, 2015.

⁵² CÁMARA LAPUENTE, S. “El control de incorporación y transparencia de las Condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº33, 2016, pág.23.

⁵³ STS 367/2016 de 3 junio de 2016. Voto Particular.

El Sr. Magistrado Orduña es un gran defensor de extender el control de transparencia a los contratos celebrados con empresarios (sobre todo en pequeños y medianos empresarios), aunque no haya una norma legislativa que así lo establezca, pero, si observamos bien, vemos como los empresarios se someten a cláusulas que no son negociadas individualmente, y el mismo, está sujeto a una situación de inferioridad como en el caso de los consumidores, el mismo Magistrado introduce un ejemplo para comprender mejor el debate expuesto:

“ Dos hermanos sin experiencia personal en el ámbito de contratación de productos financieros deciden pedir un préstamo bancario, pero para destinos diferentes, un hermano lo solicita para la instalación de un Kiosko de prensa y el otro hermano lo solicita para adquirir su vivienda habitual, y en ambos contratos se incluyen una cláusula suelo.

Si atendemos a la aplicación de la doctrina jurisprudencial esta solo va a permitir la aplicación del control de transparencia y la protección que se deriva de dicho control, a uno solo de los hermanos, pese a que asumieron una idéntica posición negocial, la de ser meros adherentes en una reglamentación predispuesta por el banco que resultó ser abusiva por falta de transparencia.”

2.3. ¿PUEDE OTORGARSE UNA PROTECCIÓN SIMILAR A EMPRESARIOS ADHERENTES CON EL MARCO LEGAL VIGENTE?

Tras estudiar los controles en los apartados precedentes, podemos llegar a la conclusión de la insuficiente protección para los empresarios adherentes. Nos vamos a centrar de forma primaria en el control de contenido. Es indiscutible, que este control es negado a los empresarios o profesionales así lo podemos observar en el precepto 8 de la LCGC⁵⁴.

El primero, es el primer apartado del art.8 de la LCGC que establece la nulidad de las cláusulas que contradigan normas imperativas y prohibitivas, este supuesto ya viene contemplado en las normas generales de contratos, concretamente en el art.6.3 del CC, por lo que cabe deducir que este apartado no aporta ninguna novedad al control.

⁵⁴MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales”, *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia* Nulidad de los actos jurídicos. nº 1. 2006.

Este artículo deja desprotegidos a los empresarios y a los profesionales, ya que, este control se considera que es insuficiente en los contratos con consumidores, también lo será para los empresarios que quedan fuera de dicho control, y que se someten a contratos con empresas de gran tamaño que imponen el contenido contractual sin ninguna negociación.

La segunda forma, es el segundo apartado del art.8 de LCGC, este precepto establece que el control de contenido será de aplicación a las condiciones generales que sean abusivas, cuando el adherente sea un consumidor, remitiéndose así al artículo 82 TRLGDCU, por lo que excluye a los empresarios o usuarios.

El único control que protege el contenido contractual en que ambas partes son empresarios (B2B)⁵⁵, es el control de incorporación recogido en el art.7 de LCGC, pero recordamos que este control no entra a valorar el contenido del contrato, no determina si las cláusulas pueden crear un desequilibrio a una de las partes o si son contrarias a la buena fe.

Finalmente, si nos fijamos en el control de transparencia, el punto de partida está recogido en la STS de 3 de julio de 2016, establece la separación entre el control de contenido y el control de incorporación, la decisión del tribunal es la aplicación única del control de transparencia a consumidores y no a contratos celebrados con empresarios. Es importante destacar la **STS 227/2015 de 30 de abril de 2015** especialmente el FD7º que recogió un claro *obiter dicta*; el recuento exigía la aplicación del control de abusividad pero se declara que un revendedor habitual de viviendas no merece ser protegido como consumidor.⁵⁶

Como he ido defendiendo en apartados anteriores, cualquier pequeño empresario ante la adhesión de un clausulado, se encuentra en una posición igual que los consumidores que se adhieren, está presente en ambos casos el sometimiento a unas cláusulas predispuestas por el empresario o predisponente. Un caso diferente al anterior es cuando el que se adhiere es una empresa de gran tamaño, con un equipo especializado en conocimientos

⁵⁵ **B2B** significa relación entre dos empresas (business to business) y **B2C** es la relación entre una empresa y un consumidor (business to consumers).

⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. "Experiencias españolas...", cit., pág.233-234, resalta dos parámetros recogidos en esta sentencia que son: el ser pequeña empresa y contratar en un sector ajeno al tráfico habitual de su actividad.

financieros o con una técnica de negociación, pero ante esta situación debemos destacar la exposición de motivos de la LCGC que recoge lo siguiente: *“habrá de tenerse en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”*.⁵⁷

Muy acertada es la posible solución que podríamos dar a esta problemática, no hay ningún obstáculo para poder vincular el control de transparencia de las cláusulas generales al control de incorporación previsto en la LCGC, no sería necesario introducir ningún cambio legislativo, solo necesitaríamos que el Tribunal Supremo cambie su apreciación sobre el control de transparencia y sobre todo su aplicación subjetiva del mismo, y aplicarlo a todo adherente, sea consumidor o un profesional o empresario.⁵⁸

3. EL MECANISMO DE CONTROL DE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS ADHERENTES.

3.1. EL CAUCE GENERAL (SEGÚN EL TS): EL ART. 1258 CC Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Hemos podido observar a lo largo del trabajo la necesidad de un control de contenido para evitar los abusos en los contratos celebrados entre empresarios, es evidente la presencia del déficit de autonomía de la voluntad comprendida en estos contratos. En muchos contratos en que las dos partes son empresarios, uno de ellos puede ser la parte débil de la relación y le son impuestas varias cláusulas de carácter abusivo, y aun conociendo esta problemática, la LCGC le excluye del control de contenido dispensado a los consumidores.

El legislador establece que los mismos podrán recurrir a las normas generales imperativas o prohibitivas o, como así establece la Exposición de Motivos de la LCGC, a las normas generales de nulidad contractual. El hecho de excluir a los empresarios del control de

⁵⁷ BALLUGERA GÓMEZ, C, “La transparencia cualificada: *“tertium genus”* en perjuicio de los autónomos y pequeños empresarios en los contratos de adhesión”, *Diario La Ley*, nº9302, 2018.

⁵⁸ SÁENZ DE JUBERA, B. *op. cit.*, pág.89-90, esta autora defiende “la aplicación del control de transparencia en contratos celebrados con profesionales o empresarios, porque nos encontramos ante dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos caracterizados por la adhesión a un contrato”

contenido no quiere decir que los adherentes empresarios no son merecedores de una cierta protección⁵⁹, sino que esta tutela que merecen debe ser diferente a la dispensada a consumidores y usuarios y debe construirse a partir de las normas generales de obligaciones y contratos.⁶⁰

Como ya adelantamos en la primera parte de este trabajo, en el Derecho español, la base normativa del deber de ejecutar de buena fe los contratos se encuentra incluida en el art.1258 del CC y también dicho deber se encuentra recogido en el art.57 del CCom.

Tal y como indica PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁶¹, en el comentario de la famosa ST de 3 de junio de 2016, se aporta un significado concreto al concepto de buena fe. Esta sentencia revela que lo que se debe controlar mediante la buena fe son las expectativas que el adherente tenía en el momento de celebrar el contrato⁶², y no el desequilibrio que puede causar la cláusula.

Por lo que llegamos a la conclusión de que lo que importa no es el contenido de la cláusula en cuestión, sino si el adherente podía esperar la existencia de dicha cláusula. Como señala MIRANDA SERRANO⁶³ el juzgador acierta cuando defiende que el principio de la buena fe permite anteponer las expectativas razonables que el adherente tenía al contratar frente al contenido de las CGC relativa al objeto principal del contrato.

CÁMARA LAPUENTE⁶⁴ defiende que el art.1258 CC tiene una clara función integradora y establece que es complicado obtener un control de contenido a partir de un sistema legal que parte de la negociación y cuya cláusula general de la buena fe

⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, S, “*Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios*”, *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pág. 201-202.

⁶⁰MATO PACÍN, N, *op. cit.* pág. 624.

⁶¹PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F, *op.cit.*, pág.17.

⁶² ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, *Almacén de derecho*, 2017, pág.3. señala que es imprescindible averiguar qué creía estar contratando el consumidor para poder comparar esas expectativas con el contenido de la cláusula predispuesta y, tras la comparación, decidir si la cláusula debe considerarse válida o no.

⁶³ MIRANDA SERRANO, L.M, *op.cit.*, pág.52.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, S. “El control de incorporación...” *cit.*, pág.19.

contractual no estaba diseñada para estos menesteres (más que para “desintegrar” parte del contrato, su función se ha acotado a “integrarlo” (...)).

Nos vamos a centrar en el estudio de varias sentencias que aplican el mecanismo de la buena fe, primero analizaremos aquellas sentencias dictadas antes de la STS de 3 de junio de 2016 y después varias sentencias posteriores.

La autora MATO PACÍN⁶⁵, recoge una sentencia de gran interés sobre esta materia proveniente de la **Audiencia Provincial de Salamanca de 30 de diciembre de 2010**⁶⁶. El supuesto de hecho consiste en un contrato de mediación inmobiliaria para el traspaso de un local con finalidad de abrir un negocio. En esta sentencia, se recoge de forma expresa la buena fe contenida en el art.1258 CC como un verdadero control de contenido específico al que deben someterse las condiciones generales que forman el contrato entre empresarios.

Sostiene literalmente:

“ lo correcto será someter las condiciones generales del contrato realizado entre dichos empresarios a un control de contenido específico de conformidad a la buena fe del art.1258 CC, siguiendo la exposición de motivos de la LCGC, control en el cual se valorarán, entre otras circunstancias, si se ha generado el contrato en el ámbito de actividad habitual del empresario adherente. ”

La **SAP de Valencia 2877/201 dictada el 27 de junio de 2012**, versa sobre un contrato de mantenimiento de ascensores entre dos empresas, se declaran nulas algunas cláusulas que traten sobre la duración y la cláusula penal para el caso de resolución unilateral por desproporcionadas e injustificadas, concretamente destacamos el FD3º: *‘se entienden que el contrato de autos es de adhesión y los pactos sobre su duración y cláusula penal para el caso de su resolución unilateral son abusivos en cuanto que , el primero obliga a la prórroga tácita y automática del contrato, y contiene una duración excesiva e*

⁶⁵MATO PACÍN, N, “ Cláusulas abusivas...”, *op, cit.*, pág.616. Recoge exactamente SAP de Salamanca de 30 de diciembre de 2010. La misma autora incluye en su tesis los criterios en los que se basan los tribunales para determinar la falta de buena fe, son los siguientes: *la ajenidad del contrato realizado por el adherente, la transparencia en la predisposición de las condiciones generales y, por último, la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente.*

*injustificada y , el segundo , impone la obligación de pagar los servicios que no han sido efectivamente prestado lo que , al margen de la legislación en materia de consumo , supone su nulidad conforme al CC al **vulnerar el justo equilibrio de las prestaciones que regula su art.1258** debiendo tenerse por no puestos pero **debiéndose integrar el contrato** por nuestra parte y moderando los derechos y obligaciones de las partes. ’’*

En la **STS 123/2017 DE 18 de enero de 2017**, relativa a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina, se solicita la nulidad de una cláusula de limitación del interés variable. Lo que interesa es principalmente lo establecido en el FD6º: ’’ (...) *Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe **como norma modeladora del contenido contractual**, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato(...). Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el **contenido natural del contrato**.*

, 67

Tras destacar las dos sentencias anteriores he recogido jurisprudencia procedente de algunas Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo que aplican el art.1258 CC a efectos de declarar la nulidad de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con empresarios, son la SAP 1870/2018 de Madrid de 2 de febrero de 2018, la SAP 246/2016 de Logroño de 15 de julio de 2016, la STS de 328/2017 de 30 de enero de 2017 y finalmente la STS 584/2017, de 7 de noviembre de 2017.

En cambio, hay algunas Audiencias Provinciales que mencionan el art.1258 CC en sus fundamentos jurídicos, pero no lo consideran aplicable al supuesto concreto objeto de enjuiciamiento como son la SAP 606/2018 de Barcelona de 21 de septiembre de 2018, la SAP 61/2018 de Zamora de 8 de febrero de 2018 y finalmente la SAP 1395/2018 de Oviedo de 14 de mayo de 2018.

⁶⁷ STS 123/2017, de 18 de enero de 2017. La Sentencia STS 594/2017 sostiene en su FD5º: *“En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que **comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente.***

En definitiva y en mi opinión, el artículo 1258 del CC es el mejor precepto para ofrecer una protección a los empresarios frente a cláusulas que sean de carácter abusivo, ya que permite que la buena fe opere como límite, para después sancionar, corregir e integrar la cláusula que es contraria a la buena fe.

Como bien concluye ALBIEZ DOHRMANN⁶⁸, se ha fijado definitivamente la idea de que las cláusulas abusivas deben ser combatidas con la cláusula general de la buena fe, hay muchas referencias a ella en el Derecho Europeo comparado e incluso se encuentra incluida en los textos preparatorios para un futuro derecho contractual Europeo que destacan la gran importancia que tiene la aplicación de la buena fe, tanto para contratos celebrados entre empresarios, como para contratos celebrados por consumidores.

3.1. LAS (ESCASAS) ESPECIALIDADES DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.

Fuera de la regulación de la LCGC, hay algunos contratos que establecen su propia regulación de las condiciones generales de la contratación. Hay contratos que celebramos de forma habitual y la mayoría de ellos podemos encontrar condiciones generales incluidas, por ejemplo, al contratar una línea de teléfono con una compañía, realizamos un contrato en el que se nos imponen unas condiciones generales sobre el producto que vamos a contratar.

3.1.2. RECUENTO NORMATIVO (SEGURO, DISTRIBUCIÓN, TRANSPORTE).

En primer lugar, nos centramos en el **contrato de seguro** regulado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante será LCS). Este contrato es, por excelencia, un contrato de adhesión; el asegurador planifica la contratación elaborando un conjunto de cláusulas en las que concreta de forma homogénea cada uno de los riesgos.

Destacamos el art.3 de la Ley de Contrato de Seguro⁶⁹, este precepto recoge uno de los temas más importante de esta ley, establece una igualdad entre los contratantes a la hora de la formación del contrato, si volvemos la vista al siglo XIX, el legislador plasmó en el

⁶⁸ ALBÍEZ DOHRMANN, K, *op. cit.*, pág.219.

Código de Comercio la igualdad entre los contratantes y se negó a admitir que una de las partes tendría en el momento de la celebración del contrato consideración de parte débil por la dificultad de conocer en el momento de la firma del contrato del alcance jurídico y económico establecido por las condiciones generales interpuestas por el asegurador.⁷⁰

Como todo contrato mediante condiciones generales, el ámbito subjetivo que nos encontramos es el siguiente; un predisponente, que corresponde a la figura del asegurador y la postura del adherente, el asegurado, que, por la forma abierta en la que se recoge la LCS, podría ser un consumidor o también podría ser un profesional o empresario.⁷¹

La LCS recoge una serie de controles frente a posibles abusos del predisponente, el art.3 LCS introduce dos controles exactamente, el control de incorporación y el control de contenido o material.

Respecto al primero de los controles, el art.3 LCS se ocupa de recoger los requisitos de formulación e incorporación de las cláusulas generales y particulares incluidas en el contrato. De este artículo me parece importante destacar la protección del adherente que dispensa, el asegurado debe conocer la existencia y contenido de las condiciones generales, antes de la perfección del contrato con la finalidad de que este compare las ofertas de otras compañías de seguro.

Este precepto sostiene que la protección del tomador o asegurado se basa en la transparencia contractual, es decir, en dispensar al adherente toda la información sobre las cláusulas que rigen el contrato, que el asegurado tenga constancia en escrito de las mismas.⁷²

El segundo control dispensado por el art.3 LCS, en concreto, el control de contenido, este control causa más controversia que el anterior debido a que en la LCGC Y el TR-LGDCU este control no se aplica a empresarios o profesionales, tan solo se aplica a consumidores. La LCS no distingue entre consumidores o empresarios cuando habla de asegurado o

⁷⁰GUISASOLA PAREDES, "Las condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro", *Vlex España*, Madrid, 2000, pág.33.

⁷¹MATO PACÍN, N, *op.cit.*, pág. 107.

⁷²ISERN SALVAT, M.R, "Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español", *Rev. Boliv de derecho núm.18*, julio de 2014, pág.102-103.

tomador. Hay algunos autores que piensan que este control se aplica a empresarios en este sector debido a que el contrato de seguro tiene una gran complejidad.⁷³

Atendemos a la distinción ofrecida por la jurisprudencia entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. La distinción de ambas cláusulas no es una tarea fácil, ha sido contradictoria la jurisprudencia que ha generado una gran inseguridad jurídica.

La STS 417/2013, de 27 de junio de 2013⁷⁴, indica que la STS 853/2006, de 11 de septiembre de 2006⁷⁵ sienta una doctrina que ha sido posteriormente recogida por otras sentencias, que considera que: “las **cláusulas delimitadoras** del riesgo son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando los riesgos; añadiendo que la jurisprudencia mayoritaria han declarado que:” son cláusulas delimitadoras aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial”. Estas cláusulas delimitadoras no están sujetas a los requisitos impuestos por la ley a las limitativas conforme al art.3 LCS. ”⁷⁶

Por su parte como establece la STS 715/2013, de 25 de noviembre de 2013⁷⁷:” las **cláusulas limitativas** de derechos se dirigen a modificar el derecho del asegurado y por tanto su indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiese producido. Estas deben cumplir los requisitos formales establecidos en el art.3 LCS. Es relevante mencionar la Sentencia 76/2017, de 9 de febrero, del Tribunal Supremo, ratifica la

⁷³ MATO PACÍN, N, *op.cit.*, pág.113 cita exactamente en la cita núm.200 lo siguiente: “La postura de protección del asegurado es la mantenida en el Anteproyecto de la Ley de Código mercantil, el sector de los contratos de seguro recibe un tratamiento especial pues, a diferencia de la regulación general de las condiciones generales, en la que no se prevé un control de contenido en contratos entre empresarios, las condiciones generales y particulares en los contratos de seguro deben superar un control de la buena fe y el justo equilibrio.”

⁷⁴ STS 417/2013 de 27 de junio de 2013, FD3º.

⁷⁵ STS 853/2006, de 11 de septiembre de 2006, FD3º.

⁷⁶ STS 590/2017 de 7 de noviembre de 2017 en su FD2º recoge una cláusula relativa a la “exoneración de responsabilidad de la aseguradora por el robo de las mercancías estacionada en espacio sin la debida vigilancia”.

⁷⁷ STS 715/2013 de 25 de noviembre de 2013

doctrina jurisprudencial basada sobre los requisitos de validez de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados o tomadores conforme al art.3 de la LCS.⁷⁸

Finalmente no podemos olvidarnos de las **cláusulas lesivas** son aquellas que reducen de forma considerada y desproporcionada el derecho del asegurado, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro⁷⁹. Las mismas se aproximan a la teoría de las cláusulas sorprendentes, y en concreto, de las expectativas razonables del asegurado.

Ahora, nos centraremos sobre el **contrato de transporte**, en concreto, el transporte terrestre de mercancías regulado en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM), normativa que se aplica a todos los contratos que tengan lugar en territorio nacional.

Es relevante destacar el art.3 de la LCTTM, que prevé la posibilidad de que las partes excluyan la aplicación de contenidos de la regulación dispositiva de dicha norma. El mismo literalmente establece: *“Salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediando el correspondiente pacto (...)”*. Esto quiere decir que si las partes están expresamente de acuerdo pueden excluir la aplicación de esta norma siempre que no se haya previsto el carácter imperativo de la regulación que se pretende exceptuar.

No se puede excluir dicho contenido a través de condiciones generales incorporadas en el contrato de transporte, es exigible un pacto expreso. El desplazamiento de lo dispuesto en la ley sólo será admisible por vía de condiciones generales cuando el régimen que incorporen sea más favorable para los intereses del adherente.⁸⁰

⁷⁸La STS 76/2017 de 9 de febrero de 2017 destacó en el FD2º: *“Lo importante es que las cláusulas limitativas deben permitir al asegurado comprender su significado y alcance para diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza.”*

⁷⁹ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. “Consideraciones sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras y limitadoras del riesgo, con especial mención a las cláusulas lesivas o sorpresivas”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* núm.104/2017, Pág. 6.

⁸⁰ MARTÍNEZ SANZ, F./HUGUET MONFORT, J. ‘Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 5/2009 de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías’, *Revista de derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal* nº6,2010, pág.30-31

Finalmente hablaremos sobre el **contrato de distribución** este contrato es atípico y se encuentra parcialmente regulado por varias normas.⁸¹

Como bien establece MATO PACÍN⁸², en este sector es habitual que se produzcan ciertos desequilibrios de poder entre las partes contratantes, es frecuente la ausencia real de negociación entre los contratantes y se limitan a formalizar el contrato mediante adhesión. De forma tradicional se ha considerado como parte débil de la relación contractual a los distribuidores en relación con los fabricantes o proveedores.

En los últimos años se han dado iniciativas para la creación de una regulación de este tipo de contratos de distribución, se realizó un Proyecto de Ley⁸³ concretamente en el año 2011, que se tramitó con carácter de urgencia, pero que tristemente quedó sin aprobar.

En el famoso Proyecto de Ley, la exposición de motivos recogía entre los objetivos y los propósitos de la norma establecer *‘reglas de contratación claras, transparentes y eficaces para todo el sector, que ofrezcan un régimen supletorio mínimo ante la ausencia de previsión contractual por las partes.’*⁸⁴

Los objetivos que pretendía imponer el Proyecto de Ley, el primero, mejorar la transparencia en contratación entre proveedores y distribuidores, el segundo, reequilibrar la capacidad negociadora de las partes, y, por último, establecer reglas de contratación claras.

⁸¹Regulado por la LOCM (Ley 7/1995, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, por el TR-LGCU y por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

⁸²MATO PACÍN, N, *op.cit.*, pág.120. recoge una serie de cláusulas en la que es frecuente que se dé un cierto desequilibrio entre las partes, son las siguientes: sobre la duración del contrato, la modificación unilateral de condiciones contractuales, sobre las causas de resolución del contrato, etc.

⁸³Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, 29 de junio de 2011, Boletín Oficial de las Cortes Generales.

⁸⁴CRUZ RIVERO, D, La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. Dirigido por *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, 2015, Universidad Carlos III de Madrid pág.1266.

3.2.2. EN PARTICULAR, LA LEY 3/2004 DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD.

La Ley 3/2003 de Lucha contra la Morosidad aporta un avance sobre la contratación entre empresarios y la protección de los mismos. Especialmente, el art.9 de la LCOM consagra por primera vez en el ordenamiento jurídico español un control de contenido de condiciones generales entre empresarios, a la vez que tiende dicho control de abusividad a los pactos individualmente negociados entre las partes. La LCIM busca la protección de la parte débil de las relaciones comerciales.

Especialmente atendemos al tercer párrafo del art.9 LMOC, en el que se afirma que son nulas, ‘*en todo caso*’, aquellas cláusulas o prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora o que excluyan su cobro o el de la indemnización.

En definitiva y más concretamente, serán declaradas nulas todas aquellas cláusulas que tengan un contenido abusivo sobre plazos de pago, el tipo legal de interés de demora⁸⁵ y, las consecuencias que puede provocar la demora.

La LCOM permite a las partes con carácter general fijar de forma libre el plazo de pago y también el tipo de interés de demora aplicable. Sin embargo, con la finalidad de evitar que esta libertad de pacto pueda privar de eficacia práctica a la ley de morosidad, la misma recoge una cláusula de salvaguardia: consiste en la nulidad de las cláusulas abusivas sobre plazos de pagos o intereses de demora, establecidas como beneficio a pequeñas y medianas empresas un régimen de protección contra las cláusulas abusivas similar al que ya existía en la normativa de protección de los consumidores (exactamente los art.10 bis LGDCU y el art.8 de la LCGC).⁸⁶

⁸⁵**Sentencia de la Audiencia Provincial Palma de Mallorca** (SAP IB 671/2019), de 4 de abril de 2019, en el FD7º sobre el interés de demora establecido en las cláusulas no negociadas para no ser abusivo no debe ser muy elevado. “la aplicación de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, **incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional**, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.”

⁸⁶ANDRÉS CIURANA, B, “La nueva Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales”, 2005, pág. 72-74. Establece que el objetivo de la Ley de Morosidad es la política de defensa de las pequeñas y medianas empresas.

Si observamos al ámbito europeo, la Directiva 2000/35/CE que fue modificada por la Directiva 2011/17/UE de 16 de febrero es una directiva de mínimos y la misma permite que las partes acuerden un plazo de pago mayor al estipulado en la normativa si no es abusivo, pero la normativa española es imperativa en ese sentido, pues, en ningún supuesto pueden las partes contractuales fijar un plazo superior al estipulado en la ley.⁸⁷

Mi opinión sobre la aplicación de esta ley es la siguiente; es favorable para aquellas pequeñas empresas debido a que la misma regula las cláusulas que puedan ser abusivas, pero también tiene un punto en contra, que es que limita la autonomía de las partes contratantes.⁸⁸

3.2.3. EN PARTICULAR, LA LEY 5/2019 DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

Con fecha de 16 de marzo de 2019 se publicó en BOE la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), con entrada en vigor el 16 de junio de 2019. De esta forma, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación atendemos a la protección de las personas físicas (sean o no consumidores) que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

Como observamos, tan solo se limita a proteger a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, pero, en relación con bienes inmuebles para uso residencial, intenta ofrecer una protección a las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad empresarial. Pero esta Directiva permite la ampliación del ámbito de aplicación a personas no consumidoras;

⁸⁷ MATO PACÍN, N, *op.cit.*, pág. 349.

⁸⁸BRACHFIELD PERE, J, "Informe sobre la aplicación práctica de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad en España a los dos años de su promulgación", *Centro de Estudios de de EAE*, Barcelona, 2007. Este artículo establece que en España tras la introducción de la Ley de lucha contra la Morosidad sigue ocupando uno de los primeros lugares del ranking europeo de demoras en los cobros en sectores básicos como la alimentación y la construcción.

esta novedosa Ley, lo toma al pie de la letra, y decide extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidoras.

Especialmente, la protección a colectivos como los trabajadores autónomos, aquí está la clave, vemos cómo se va extendiendo una cierta protección a los pequeños empresarios, para los defensores de darle más protección a los profesionales, esta regulación les da cierta confianza para seguir luchando por una protección que se asemeje a la que poseen los consumidores.

La novedosa regulación recogida en el art. 24.2 y art.25.2 de la LCCI sobre el vencimiento anticipado del contrato de préstamo y los intereses de demora, sustituyen el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas imperativas dando así una mayor seguridad jurídica a la contratación y se persigue la exclusión en el contrato de cláusulas abusivas.

La LCCI persigue un objetivo muy claro, dar mayor seguridad jurídica esto conlleva a que se realice una comprensión de los contratos y de las cláusulas contenidas en el mismo, y así evitar perjuicios y desequilibrios por parte de la persona que tenga la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías. También destacamos las normas de transparencia, si atendemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, el deber de transparencia del prestamista comporta que el consumidor disponga antes de la celebración del contrato de toda aquella información relevante y la misma sea comprensible.⁸⁹

Esta ley establece un sistema de refuerzo de la transparencia basado en la labor asesora del notario. El acta que debe extender el notario tras observar si se ha entendido o no las cargas jurídicas y económicas que supone el contrato dificultará que se inicien alegaciones judiciales por no haber conocido las consecuencias de las cláusulas, pero, no quiere decir que imposibilite que un tribunal declare incumplido el principio de transparencia material si se considera que el consumidor no ha comprendido realmente

⁸⁹Las normas de transparencia aparecen recogidas en el art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. (BOE)

las cláusulas. Esta labor no quiere decir que sea sustitutiva de los deberes de transparencia porque recaen en el prestamista predisponente.⁹⁰

3.2. LAS PROPUESTAS DE CAMBIO NORMATIVO.

En cuanto al ámbito europeo, se habla de un posible proceso de unificación del Derecho de las obligaciones y contratos. Vamos a estudiar varias propuestas de cambio normativo y nos vamos a centrar especialmente sobre los contratos celebrados entre empresarios.

El 11 de octubre de 2011 la Comisión Europea lanzó una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, se pretendía establecer una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL).⁹¹ Este reglamento no pretendía que los Derechos nacionales modifiquen sus regulaciones, porque es de carácter opcional, y tan solo se aplicará a algunas transacciones transfronterizas en contratos celebrados entre empresarios y consumidores.⁹²

Nos vamos a centrar en el ámbito de aplicación, se aplicará a relaciones B2C o B2B PYME, quiero decir, se aplica a negocios entre empresario y consumidor o empresario no PYME y empresario PYME.⁹³

Es importante que conozcamos que la Directiva 93/13/CEE sólo se establecen requisitos para las cláusulas no negociadas individualmente cuando son pactadas con consumidores, pero la Propuesta CESL tiene el objetivo de que esas normas se generalicen para todo

⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. "Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019 ¿control, carga o trampa?", El notario del siglo XXI, nº84, marzo-abril 2019

⁹¹COM (2011) 635 final, Brussels 11.10.2011

⁹²ARROYO AMAYUELAS, E, " ¿Es el CESL legislación inteligente?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº11/2014, pág.201.

⁹³El artículo 7 del Reglamento describe el ámbito de aplicación personal, que se amplía a los contratos entre una empresa y un consumidor y a los contratos entre empresas en los que al menos una de las partes sea una PYME.

Art.7.2 del Reglamento define: "una PYME es un comerciante que:

(a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y

(b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país."

tipo de contrapartes, e incluso el control de contenido se aplica también a contratos celebrados entre empresarios (expresamente recogido en el art.86 de la propuesta).

Comparto la opinión de VALPUESTA GASTAMINZA⁹⁴ de que es una óptima solución, es un texto único con especialidades para consumidores, así evitaríamos la realización de dos textos, uno dedicado exclusivamente para consumidores y el otro para empresarios.

Sobre los *Principios del Derecho Contractual Europeo* (PECL) destaco que formulan un modelo para la contratación en general, en la que pueden existir cláusulas no negociadas individualmente, y el límite, es la buena fe. Quiere decir, que no va a realizar una distinción entre si el adherente es consumidor o es empresario.⁹⁵

En cuanto a los *Principios Acquis*, su creación se remonta al año 2002, cuyo objetivo era la consolidación del Derecho privado europeo comunitario.⁹⁶ Los principios Acquis introducen la novedad de extender la protección a los empresarios y profesionales.

Estos principios extienden la protección a los empresarios, se separan de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE porque esta tan solo protege a los consumidores frente a la existencia de cláusulas abusivas.⁹⁷ En cuanto al control de contenido de los contratos no negociados entre empresarios se realiza dicho control con independencia de que el contratante adherente sea un consumidor o sea un empresario.

Finalmente voy a mencionar el modelo del futuro marco común de referencia *Draft Common Frame of Reference-DCFR*, los redactores de este marco común otorgan protección a los empresarios que ven limitada su autonomía contractual, la norma principal se encuentra recogida en el artículo II- 9:406, con el título de ‘exclusiones del control de abusividad’, sorprende que los expertos que redactaron este marco común no

⁹⁴VALPUESTA GASTAMINZA, E, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección del consumidor.”, *Cuadernos de derecho transnacional*, nº1, 2013, pág. 214.

⁹⁵ALBÍEZ DOHRMANN, K, *op. cit.*, pág. 96-97.

⁹⁶ARROYO AMAYUELAS, E, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, ADC, tomo LXI, 2008, fase I, *Anuario de Derecho Civil*. pág. 212.

⁹⁷Principios del derecho contractual comunitario “acquis principles”: Artículo 6:301 (Cláusulas abusivas), Artículo 6:302(Transparencia de las cláusulas), Artículo 6:303 (Ámbito de aplicación del test de abusividad).

incluyen en su regulación una lista ‘*negra*’ entre profesionales, tan solo se refieren a una lista ‘*gris*’ cuya procedencia es de los Principios Acquis.⁹⁸

A modo de conclusión, podemos observar cómo diversos expertos en derecho han querido cambiar la regulación sobre contratos celebrados especialmente entre empresarios, defendiendo una protección al empresario adherente.

4. CONCLUSIONES.

En la realización de este trabajo se ha pretendido poner de manifiesto la regulación actual de las condiciones generales de la contratación y la necesaria protección al adherente, en especial, al adherente empresario o profesional. Para poder comprender toda la regulación existente, tenemos que entender la nueva forma de contratación, es decir, la contratación en masa, este modo de contratación requiere la utilización de condiciones generales ya que aportan rapidez, una de las partes contractuales tan solo se limita a firmarlas y adherirse al contenido contractual, por lo que hay una gran ausencia del poder de negociación.

Tras estudiar los controles recogidos en la regulación, hemos podido observar que no todos se aplican de forma equitativa, es decir, el control de incorporación es aplicable a consumidores y a empresarios, pero, al contrario, el control de contenido es negado a los empresarios adherentes. Esta distinción no tiene justificación alguna, en mi opinión, porque ambos se encuentran en la misma situación de inferioridad, son la parte débil del contrato que no pueden influir en el contenido contractual de ninguna forma.

El tercer control, es el control de transparencia cualificado creado por la famosa STS de 9 de mayo de 2013 y cuyas dudas han sido dispersadas por la posterior STS de 3 de junio de 2016, la cual descarta la aplicación del control de transparencia a los empresarios adherentes. En este sentido, destacó el voto particular del Magistrado Orduña y comparto totalmente su opinión jurídica sobre este control de transparencia, el Magistrado defiende la extensión del control de transparencia a los contratos celebrados por empresarios

⁹⁸ALBÍEZ DOHRMANN, K, *op. cit.*, pág.112-114.

debido a que estos se encuentran en la misma situación que los consumidores, es decir, en una situación de inferioridad.

En la tercera parte de este trabajo ponemos la vista en los diferentes mecanismos de protección a los empresarios tras negarles la aplicación del control de contenido, especialmente, el principio general de la buena fe del art.1258 del CC. Hemos estudiado varias sentencias y estas acuden a este mecanismo otorgándole el papel de ser una norma modeladora del contenido contractual.

Me gustaría recalcar que algunas legislaciones sectoriales aportan un avance sobre una protección más eficiente a los contratos celebrados por profesionales adherentes, una de ellas, es el contrato de seguro o la Ley de lucha contra la morosidad, pero esencialmente y por ser muy reciente, destaco la Ley 5/2019, de crédito inmobiliario pues la misma amplía la protección a los pequeños empresarios, en concreto, a los trabajadores autónomos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

I. MONOGRAFÍAS.

- ALBIEZ DOHRMANN, K, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson- Civitas, Pamplona, Cizur menor, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- CARBALLO FIDALGO, M. *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013.
- DE CASTRO, F, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1961, pág.295, Civitas, Madrid, 1975.

- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio, *Instituciones de Derecho Civil, Volumen I*. editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ PICAZO, L. (DIR) *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.
- MATO PACÍN, N. *Cláusulas Abusivas y empresario adherente*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2017.
- PAGADOR LÓPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, Marcial Pons, 1999.
- PAZOS CASTRO, R, *El control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

II. ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato”, *Almacén de derecho*, 2017.
- ANDRÉS CIURANA, B, “La nueva Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2005.
- ARROYO AMAYUELAS, E, “ ¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº11/2014.
- ARROYO AMAYUELAS, E, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, ADC, tomo LXI, 2008, fase I, *Anuario de Derecho Civil*.
- BALLUGERA GÓMEZ, C, “La transparencia cualificada: ‘*tertium genus*’ en perjuicio de los autónomos y pequeños empresarios en los contratos de adhesión”, *Diario La Ley*, nº9302, 2018.
- BRACHFIELD PERE, J, “Informe sobre la aplicación práctica de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad en España a los dos años de su promulgación”, *Centro de Estudios de Morosología de EAE*, Barcelona, 2007.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencia ‘material’ y función notarial en la Ley 5/2019 ¿control, carga o trampa?”, *El notario del siglo XXI*, nº84, marzo-abril 2019.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito *de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios*”, en Johann Kindl, Pilar Perales Viscasillas, Tatiana Arroyo Vendrell (Dir.), *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de Derecho*, 2016.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)”, *El notario del siglo XXI*, nº61 mayo-junio, 2015.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “El control de incorporación y transparencia de las Condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº33, 2016.

- CRUZ RIVERO, D. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución.” *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, 2015.

- ISERN SALVAT, M. R. “Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español”, *Rev.Bolív de derecho* núm.18, 2014.

- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. “Consideraciones sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras y limitadoras del riesgo, con especial mención a las cláusulas lesivas o sorpresivas”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencias civil* núm.104/2017 *parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios*, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2017.

- MARTÍNEZ SANZ, F. /HUGUET MONFORT, J.’ ‘Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 5/2009 de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal* nº6, 2010.

- MARTINEZ ESCRIBANO, C. “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. núm. 133/2014,2014.

- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales”,

(Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos, nº1, 2006. (<http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>)

- MIRANDA SERRANO, L.M, ‘Control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria’, *Indret* 2/2018, 2018.
- GUIASOLA PAREDES, ‘Las condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro’, *Vlex España*, 2000.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. ‘ Buena fe ex art.1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios’, *Revista para el análisis del derecho (Indret)*, 4/2016.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B, ‘El marco común de referencia para el Derecho privado europeo’ (cuestiones valorativas y problemas legislativos), *BOE*, traducción al idioma español, vol.62, nº4, 2009.
- SÁENZ DE JUBERA, B. ‘Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs Buena fe’, *Revista de Derecho civil*, núm. 4, 2016.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E, ‘La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección del consumidor. ’’, *Cuadernos de derecho transnacional* nº1, 2013.

III. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

TRIBUNAL	ASUNTO	PARTES
STJCE de 9 de septiembre de 2004	C-70/03	Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España.
STJUE de 14 de marzo 2013	C-415/11	Mohamed Aziz c. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa.
STJUE de 16 de enero de 2014	C-226/12	Constructora Principado S.A c. José Ignacio Menéndez Álvarez

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº RESOLUCIÓN	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
STS 853/2006	14.9.2006	JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA
STS 1054/2007	17.10.2007	ROMÁN GARCIA VARELA
STS 1916/2013	09.05.2013	RAFAEL GIMENO BAYON COBOS
STS 417/2013	27.06.2013	RAFAEL SARAZA JIMENA
STS 715/2013	25.11.2013	SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL
STS 929/2015	30.04.2015	RAFAEL SARAZA JIMENA
STS 3152/2015	01.07.2015	FRANCISO JAVIER ARROYO
STS 367/2016	03.06.2016	PEDRO JOSÉ VELA TORRES
STS 123/2017	18.01.2017	PEDRO JOSÉ VELA TORRES
STS 124/2017	20.01.2017	PEDRO JOSÉ VELA TORRES
STS 328/2017	30.01.2017	PEDRO JOSÉ VELA TORRES
STS 76/2017	09.02.2017	FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
STS 590/2017	07.11.2017	JOSE DÍAZ DELGADO
STS 594/2017	29.11.2017	PEDRO JOSÉ VELA TORRES
STS 136/2019	25.01.2019	EMILIO FRÍAS PONCE
STS 751/2019	13.03.2019	PEDRO JOSÉ VELA TORRES

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

NºRESOLUCIÓN Y LUGAR	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
SAP 2877/2012 Valencia	25.06.2012	MARIA PILAR EUGENIA CERDAN VILLALBA.
SAP 446/2013 Pontevedra	29.11.2013	JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ
SAP 1/2016 A Coruña	04.01.2016	SANDRA MARÍA IGLESIAS BARRAL.
SAP 246/2016 La Rioja	15.07.2016	BEATRIZ SAENZ DE JUBERA HIGUERO
SAP 976/2016 Barcelona	08.09.2016	EDUARDO BAENA RUÍZ
SAP 640/2017 Valencia	27.11.2017	GONZALO MARÍA CARVANA FONT DE MORA
SAP 7/2018 Toledo	11.01.2018	LUIS SELLER ROCA DE TOGORES
SAP 86/2018 Madrid	02.02.2018	JOSÉ MANUEL DE VICENTE BOBADILLA
SAP 61/2018 Zamora	08.02.2018	PEDRO JESÚS GARCIA GARZÓN
SAP 447/2018 Valencia	12.02.2018	JOSÉ MARÍA TAPIA CHINCHÓN
SAP 1395/2018 Oviedo	14.05.2018	FRANCISCO TUERO ALLER.
SAP 606/2018 Barcelona	21.09.2018	JOSÉ MARIA RIBELLES ARELLANO.
AAP 1057/2018 Gerona	30.11.2018	MARIA ISABEL SOLER NAVARRO.
SAP 671/2019 Palma de Mallorca	04.04.2019	MARIA COVADONGA SOLA RUIZ
SAP 214/2019 Ourense	08.04.2019	JOSEFA OTERO SEIVANE
SAP 3941/2019 Barcelona	24.04.2019	MANUEL RUIZ DE LARA
SAP 551/2019 Zaragoza	10.04.2019	ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER
SAP 503/2019 Tarragona	14.05.2019	MANUEL GOLARI SÁNCHEZ